Die Wirksamkeit mündlicher Abänderungen eines schriftlichen Mietvertrages über Grundstücke nach geltendem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Ernst Meyer V

Rechtsanwalt in Hannover.

R N B

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Referent: Herr Professor Dr. Bernhöfft

Meiner lieben Mutter zugeeignet

Literaturverzeichnis.

Arnold, Die Wohnungsmiete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1900.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 2. 1884.

Beer, Das Recht der Wohnungsmiete. Leipzig 1903.

Bekker, Pandekten. Bd. 2.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Borchardt, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1889.

Brückner, Die Miete von Wohnungen. 1. Aufl. 1900, 2. Aufl. 1902.

Brückner im Recht Jahrg. 1900 Nr. 16, 17.

Brühl, Das Mietrecht. Berlin 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.

Degenkolb im Archiv der zivilistischen Praxis Bd. 71.

Demelius, Zur Lehre von der Aufhebung der Rechtsverhältnisse. Sangerhausen 1902.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 2. 5. Aufl.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Aufl.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 2. 1901.

Eck, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. 40, 52.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896.

Fränkel, Miet- und Pachtrecht. 1897.

Fuld, Die Miete nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1898.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl.
Guttmann im Recht Jahrg. 6 S. 345.
Haidlen, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Stuttgart 1896.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Aufl.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hesse, Die rechtliche Natur der Miete. Breslau 1902.
v. Hugo, Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Schriftform. Hannover 1903.
Jakobi, Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 86.
Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen. Bd. 27.
Kah in Puchelts Zeitschrift Bd. 31.
Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877.
Leist, Die Wechselbeziehung zwischen den Rechtsbegründungs- und Rechtsaufhebungsakte. Jena 1876.
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des preuß. allgem. Landrechts. Berlin 1898.
Loewe, Die Form der Rechtsgeschäfte im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.
Meisner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Breslau 1899.
Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs. Berlin 1900.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Niendorff, Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. u. 2. Aufl.
Protokolle der 2. Lesung zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 4, 5, 6.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1903.
Sächsische Annalen. Bd. 23.

Scherer, Der allgemeine Teil und das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1897 u. 1899.

Schwartz, Das Wesen der Novation und ihrer Anerkennung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Göttingen 1902.

Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl.

In der Frage, ob und welche Wirksamkeit mündlichen Abänderungen eines schriftlichen Mietvertrags über Grundstücke nach dem geltenden Rechte zukomme, herrscht in der Theorie große Verwirrung. Die meisten allgemeinen Werke erledigen die Frage mit der kurzen Bemerkung, daß mündliche Abänderungen eines formell geschlossenen Vertrages nichtig oder doch nur dann gültig seien, wenn der Hauptvertrag nicht gesetzlicher Formvorschrift unterliege. So u. a. Matthiaß Bd. 1 S. 205; Hellwig S. 71; Planck, Komm. Anm. zu § 125; Cosack, Lehrb. d. BGB. S. 187. Abweichend nur die folgenden: Düringer-Hachenburg sagen S. 17: Der Teil der Willenserklärung, der nicht in die vorgeschriebene Form gekleidet sei, unterstehe den Rechtsfolgen, die für die Nichtbeachtung der Form angedroht seien. Hiernach würde also die formlose Abänderung zwar gültig sein, aber auf unbestimmte Zeit, also sonderbarerweise event. früher aufgehoben sein als der frühere abgeänderte Rest des Vertrages. Dernburg, Bürgerl. R. sagt, nachdem er in Bd. 1 S. 423 ebenfalls allgemein für Abänderungen außer Abschwächungen die Form des Hauptvertrags gefordert hat, in Bd. 2: Formlose Aufhebung und Abänderung auch schriftlicher Mietverträge sei gültig, da nach Bürgerlichem Gesetzbuch Formlosigkeit für Verträge gelte, soweit es

nicht eine Form besonders vorschreibe. Goldmann-Lilienthal endlich unterscheiden für den Mietvertrag, ob die Abänderungen einen nach dem Willen der Parteien wesentlichen Punkt betreffen; dann liege nur noch ein mündlicher Mietvertrag vor, dessen Geltung sich nach der Vorschrift des § 566 BGB. richte; betreffe die mündliche Änderung aber nur Nebensächliches, so werde die Fortgeltung des schriftlichen Vertrages durch die mündlichen Änderungen, die ihrerseits wirksam seien, nicht berührt.

In den mir zugänglich gewordenen Monographien über Mietrecht nimmt fast jeder Autor seinen besonderen Standpunkt ein. Einige verfechten im Prinzip die Nichtigkeit solcher Abänderungen: So will Borcherdt S.33 Änderungen des schriftlichen Mietvertrags allgemein nur in Schriftform zulassen, und zwar nicht nur Änderung der Essentialien, sondern auch der Nebenpunkte. Jedoch soll sich die Partei zwar zum Schutze gegen Ansprüche des andern Teils auf solche mündlichen Abänderungen berufen, nicht aber ihrerseits aus ihnen Ansprüche herleiten können. Noch schärfer sagt Kah S. 710: Mündliche Abreden, die sich auf ein Mietverhältnis von längerer als einjähriger Dauer bezögen, seien für die Beteiligten unverbindlich. Ähnlich Fuld S. 50/51: Bei gesetzlicher Formvorschrift seien mündliche Nebenabreden nichtig; wesentliche Bestimmungen des schriftlichen Mietvertrags seien der Abänderung durch mündliche Vereinbarungen ohne Zweifel nicht unterworfen. Aber auch bezüglich der unwesentlichen verdiene die Ansicht

den Vorzug, welche die Möglichkeit nachträglicher Abänderungen verneine. Andere halten mündliche Abänderungen im wesentlichen für wirksam. So sagt Beer S. 20: Die bloß mündliche Aufhebung oder Abänderung eines schriftlichen Mietvertrages sei zulässig; anders nur, wenn ausdrücklich gesagt sei, daß Abänderungen schriftlich sein müßten. Ferner Niendorff S. 59: Jede Abrede, durch die nachträglich eine Bestimmung des schriftlich geschlossenen Mietvertrages abgeändert werden solle, könne mündlich getroffen werden. Solle aber der abgeänderte Vertrag noch für länger als ein Jahr in Geltung bleiben, so bedürfe er der Schriftform. Eine vermittelnde Stellung nehmen die folgenden ein: Mittelstein S. 73 sagt: nur der Vertragsschluß sei bei gesetzlicher Form des Mietvertrags an die Form gebunden, nicht jede Änderung eines Nebenpunktes. Nur wenn die Änderung eine derartig weitgehende sei, daß der Vertrag als neuer anzusehen sei, werde die Formvorschrift des § 566 wieder zwingend. Arnold S. 25 meint: Nichtbeachtung der Schriftform beim Mietvertrag bewirke „beschränkte Nichtigkeit“ desselben. Brühl S. 9: Nebenabreden könnten mündlich geändert werden, nicht Essentialien. Ebenso Fränkel S. 11. Erheblich gewandelt in seinen Ansichten hat sich endlich Brückner. Er sagt in der 1. Aufl. seines Mietrechts S. 32: Mündliche Nebenabreden — worunter hier anscheinend auch Abänderungen verstanden sind —, welche ohne Beobachtung der Form neben dem formgerechten Vertrage erfolgten, seien, wenn die Form gesetzlich

vorgeschrieben, nichtig. Ebenso im Recht 1900 Nr. 16, 17: Wirkungslos seien bei gesetzlich vorgeschriebener Form auch die vor, bei oder nach Abschluß des Vertrages vereinbarten Abweichungen oder Ergänzungen zum Vertrage, selbst wenn sie in der nachweisbaren Absicht der Geltung neben dem Vertragsinhalt getroffen seien. Dagegen aber in der 2. Aufl. des Mietrechts S. 39: Mündliche Abänderungen seien neben der gesetzlichen oder vereinbarten Schriftform des Mietvertrags im Zweifel nichtig und nur dann gültig, wenn die Partei, welche sich darauf berufe, den Nachweis führe, daß sie nach Willensmeinung beider Vertragsteile neben dem Schriftvertrage Geltung haben sollten. Und endlich in Anm. 2 zu eben dieser S. 39: Bei gesetzlicher Schriftform greife die Regel des § 125 Satz 1 nicht Platz, weil nach § 566 beim Mietvertrag als Ausnahme von § 125 Abs. 1 Nichtbeobachtung der Schriftform Nichtigkeit überhaupt nicht zur Folge habe, sondern nur in bezug auf die Vertragsdauer eine Wirkung ausübe.

Es seien daher hier auch mündliche Nebenabreden zu beachten, wenn sie nach der Willensmeinung der Parteien, der in diesem Falle keine Schranke gezogen sei, neben der Vertragsurkunde Geltung haben sollten.

Veranlaßt ist diese allgemeine Verwirrung wohl einmal durch die Ausführungen der 2. Kommission (Prot. Bd. 2 S. 155), wo gesagt ist, es verstehe sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß mündliche Verabredungen, welche sich auf ein die Dauer von einem Jahre

überschreitendes Mietverhältnis bezögen, mangels der gesetzlichen Form für alle Beteiligten unverbindlich seien, andererseits durch die Tatsache, daß die Formvorschrift des § 566 BGB. sich an das allgem. Landrecht anlehnt. Durch dieses oder jenes haben sich die meisten Autoren anscheinend beeinflussen lassen. Sie haben aber dabei nicht bedacht, daß in den Vorarbeiten regelmäßig nicht die unfehlbare Stimme des Gesetzgebers ertönt, sondern vielfach die wenig maßgebliche Ansicht eines oder einiger Mitglieder dieses gerade bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vielhundertköpfigen Wesens vorgebracht wird, noch daß gerade das allgem. Landrecht bei der gänzlich abweichenden Gestaltung seiner allgemeinen Lehren kein besonders geeigneter Interpret für das Bürgerliche Gesetzbuch sein dürfte. Nicht Vorarbeiten noch früheres Recht sind für die Interpretation des Bürgerlichen Gesetzbuchs in erster Linie zu verwenden, maßgebend ist vielmehr wesentlich der lebendige Zusammenhang des gewordenen gültigen Rechts. Als solches kommt zurzeit nur das Bürgerliche Gesetzbuch, nicht auch früheres Recht, oder das Handelsgesetzbuch in Frage. Denn das neue Handelsgesetzbuch hat zwar die Vorschrift des alten Handelsgesetzbuchs, wonach Verträge über Immobilien nie Handelsgeschäfte sein sollten, beseitigt, es kennt aber gerade für den Mietvertrag keinerlei Besonderheiten. Und auch für die Abänderungen der gemäß Art. 170, 171 EG. z. BGB. nach altem Recht zu beurteilenden Mietverhältnisse kommt das Bürgerliche Gesetzbuch zur Anwendung, sofern nämlich

die Abänderung nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt ist. Denn die alte Formvorschrift kann nur für den Abschluß des Vertrages und etwaige vor dem 1. 1. 1900 vorgenommene Abänderungen, nicht auch für nach diesem Zeitpunkt über das Schuldverhältnis getroffene nachträgliche Rechtsgeschäfte wesentlich selbständiger Natur gelten. Zu diesen aber gehören alle Arten der Abänderung des Mietvertrages. (So mit Recht Niendorff S. 3; Arnold S. 4; Entsch. d. OLG. Königsberg v. 30. 4. 1902, Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 31.)

Vor der Prüfung der Frage selbst wird es sich empfehlen, die einzelnen Begriffe, aus denen sich das Thema zusammensetzt, nach Umfang und Bedeutung zu prüfen. Ist doch, wie Bekker, Pand. Bd. 2 S. 9 im Vorwort mit Recht bemerkt, die möglichst scharfe Begrenzung aller in Frage kommenden Begriffe das erste Bedürfnis ebenso der Rechtsausübung wie der Rechtslehre. Als solche kommen die Begriffe Abänderungen, Wirksamkeit und schriftlicher Vertrag in Frage.

Mündliche Abänderung eines Vertrages bedeutet begrifflich die nachträgliche teilweise Aufhebung, Neubildung oder Umformung einer gemäß dem Parteiwillen im übrigen aufrechterhaltenen Vereinbarung durch in menschlicher Sprache, aber sonst ohne besondere Form erfolgende Willenserklärung von Privatpersonen.

Die Abänderung kann bestehen in einer Aufhebung einzelner Vertragsnormen, in einer Einfügung neuer Bestimmungen in den alten Vertrag oder in beidem zu-

sammen. Den letzten Fall bezeichne ich mit Umformung. Die Umformung wird bei Mietverhältnissen die Regel bilden. Insbesondere muß man hierbei berücksichtigen, daß wenn der Vertrag schon erfüllt ist, die sogen. Aufhebung, wenn sie in der Absicht erfolgt, daß die Leistungen zurückgewährt werden sollen, in Wahrheit sich als neuer Vertrag verpflichtenden Inhalts darstellt. (So mit Recht Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.) Immerhin sind auch reine Aufhebungs- oder Neubildungsakte denkbar, wenn z. B. ohne Änderung des Preises das Mietverhältnis bezüglich eines von mehreren vermieteten Räumen vor Erfüllung des Vertrages aufgehoben oder ein neuer Raum in dasselbe einbegriffen wird.

Von Abänderungen kann erst nach Abschluß des Vertrages die Rede sein. Solange der Vertrag nicht abgeschlossen ist, kann er logischerweise nicht abgeändert werden. Es scheiden demnach aus dem Thema aus alle sogen. Vorverträge und Nebenvereinbarungen, die vor oder in dem Moment des definitiven Vertragsabschlusses getroffen werden. Die Abänderung darf ferner stets nur eine teilweise sein, d. h. es müssen wenigstens einzelne Teile der neuen Vereinbarung Teilen des alten Vertrags entsprechen. Dazu muß der Wille der Parteien dahin gehen, daß der alte Vertrag, soweit seine Bestimmungen nicht geändert sind, bestehen bleiben solle. Parteien dürfen nicht die Absicht gehabt haben, den alten Vertrag ganz aufzuheben und einen ganz neuen, wenn auch teilweise mit dem früheren übereinstimmenden Vertrag an seine

Stelle zu setzen. Im letzteren Falle — der Novation — liegt keine Abänderung eines Vertrages vor, sondern Aufhebung des ganzen alten und Abschluß eines ganz neuen Vertrages. Was im einzelnen Falle gewollt ist, ist Tatfrage. Die Auslegungsvorschrift des § 364 Abs. BGB. kommt hier nicht zur Anwendung; denn deren Voraussetzung ist, daß die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit „zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers“ also als datio in solutum erfolgt. Eine Abänderung des Vertrages aber dürfte regelmäßig nicht diesen Zweck haben. Im Gegenteil wird man, wie Bechmann Bd. 1 S. 486 für das gemeine Recht, so auch noch für das Bürgerliche Gesetzbuch in einzelnen Fällen im Zweifel die Absicht einer Novation vermuten dürfen: dann nämlich, wenn das ganze Mietobjekt ein anderes wird oder an Stelle des bedingten ein unbedingter Vertrag gesetzt wird.

Üblich ist es aber weiter, nur dann von mündlichen Rechtsgeschäften zu sprechen, wenn dieselben formlos und durch Privatpersonen vorgenommen werden. Es scheiden demnach hier aus das formelle mündliche Rechtsgeschäft, wie es das Bürgerliche Gesetzbuch im § 2250 kennt.

Eine Abänderung kann eintreten entweder durch Willensäußerung von Personen oder durch außerhalb des Willens der Beteiligten liegende Ereignisse, z. B. Untergang des einen Objekts eines Wahlschuldverhältnisses oder cessio legis. Der letztere Fall scheidet hier aus, da solche Abänderungen keine mündlichen sind. Als Personen,

welche den Vertrag abändern können, kommen in erster Linie die Parteien in Betracht. Denkbar ist aber auch eine Änderung durch Dritte; so kann vertragsmäßig die Abänderung der Höhe des Mietzinses in das Urteil eines unparteiischen Dritten gestellt sein. Die Parteien können wiederum den Vertrag abändern, entweder durch Vereinbarung untereinander oder durch Erklärung nur einer Vertragspartei, sei es gegenüber dem anderen Teile, z. B. durch Ausübung eines vorbehaltenen teilweisen Rücktrittsrechts oder durch eine gemäß dem Vertrage zulässige einseitige Änderung der Hausordnung, sei es gegenüber einem Dritten, z. B. in dem Falle der Abänderung der Subjekte des Vertrages.

Die Abänderung eines Vertrages kann ferner entweder die Subjekte oder aber den sonstigen Inhalt des Vertrages, insbesondere seinen Gegenstand ergreifen (vgl. Windscheid S. 317 ff.). Fälle der subjektiven Abänderung sind die Sukzession, sei es Universal-, sei es Spezialsukzession in Rechte oder Verbindlichkeiten, und die Interzession. Nachfolge in Rechte und Verbindlichkeiten wird beim Mietvertrag als einem gegenseitigen Vertrage regelmäßig vereint vorkommen. (Vgl. Regelsberger Bd. 1 S. 446.) Auch die Fälle der subjektiven Abänderung bilden wahre Abänderungen des Vertrages; Abänderungen, die das ältere römische Recht sogar für so wesentlich erachtete, daß es — abgesehen vom Erbfall — in einer Abänderung der Subjekte regelmäßig eine gänzliche Aufhebung des alten und Begründung eines neuen Vertrages

erblickte. Dort bildet die Leistungspflicht gerade dieses Schuldners — das Forderungsrecht gerade dieses Gläubigers — den wesentlichen Inhalt der Obligation. (Vgl. Dernburg, PrivR. Bd. 2 S. 3 und die dort Zitierten sowie Endemann Bd. 1 S. 666.) Diese starke Betonung der subjektiven Seite hat das moderne Recht aus Gründen der Verkehrserleichterung fallen lassen. Auch die Veränderung der Subjekte durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist nicht mehr Novation, sondern wahre Abänderung; aber eine Abänderung des Vertrages bleibt sie, und zwar eine Abänderung, die auch den sonstigen Inhalt des Vertrages häufig nicht unbeeinflußt läßt. (Vgl. Endemann a. a. O.) Es ist jedoch eine Abändernng, die durch das dem modernen Verkehrsbedürfnis folgende positive Recht in ganz besonderer, von dem Rechte sonstiger Abänderungen abweichender Weise ausgebildet ist. Von den Hauptfällen der subjektiven Abänderung kommt hier die Universalsukzession nach dem oben Gesagten nicht weiter in Betracht, da diese regelmäßig auf den Todesfall einer Person, also nicht auf Rechtsgeschäft, sondern ein außerhalb des Willens der Beteiligten liegendes Ereignis gegründet ist.

Die Fälle der inhaltlichen Änderung sind überaus zahlreiche. Sie begründen bald eine Einschränkung des Rechtsverhältnisses, bald eine Erweiterung, bald eine Schwächung, bald eine Verstärkung des Rechts, endlich auch eine Vertauschung der Gegenstände. Grundsätzlich ist zu jeder anderen Änderung des Vertrages als der der Subjekte nach § 305 BGB. ein Vertrag erforderlich.

Möglicherweise können aber auch Änderungen durch einseitige Erklärungen zulässig sein; solches Recht kann auf Vertrag beruhen oder auf gesetzlicher Vorschrift. (Windscheid Bd. 2 S. 498.) Zur Abänderung der Subjekte genügt dagegen regelmäßig Einigung des Gläubigers mit dem neueintretenden Dritten.

„Wirksam“ ist ein Rechtsgeschäft, wenn es — von vornherein oder durch Eintritt späterer Veränderung — die Fähigkeit besitzt oder erlangt, dem Willen der Parteien entsprechende Rechtswirkungen hervorzubringen. Nicht hierher gehört die Frage der Erweisbarkeit der Abänderung. Es ist vielmehr nur zu prüfen, welche Wirksamkeit einer erwiesenermaßen getroffenen Abänderung zukommt. Das Wort Wirksamkeit steht, wie Jacobi S. 72 hervorhebt, in einem gewissen Gegensatze zum Worte Gültigkeit. Gültig bezieht sich auf die Parteihandlung, es bezeichnet die Ursache, wirksam auf den den Rechtserfolg bedingenden Gesamttatbestand, es bezeichnet die Folge. Ferner könnte man, wie das die frühere Theorie vielfach und u. a. noch Heilfron Bd. 1 S. 451 Anm. für das Bürgerliche Gesetzbuch vertritt, den Begriff Wirksamkeit weiter fassen und sagen, daß auch die ungültige Willenserklärung noch wirksam sein könne insofern, als sie möglicherweise noch gewisse Rechtswirkungen — allerdings wider den Willen des Erklärenden — habe, z. B. Schadensersatzpflichten wegen culpa in contrahendo. Aber das Bürgerliche Gesetzbuch kennt diese Unterschiede nicht; es spricht von gültig und „es gilt“ in gleichem Sinne wie

„ist wirksam“. Dazu heben die Motive (Bd. 1 S. 216) ausdrücklich hervor, daß als unwirksam alle Fälle bezeichnet würden, in denen das Rechtsgeschäft ohne die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen bleibe. Unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches liegt nun kein Grund vor, einem technischen Ausdrucke desselben einen andern als den von ihm gewollten Sinn unterzuschieben; ich scheide daher die Frage, ob ein ungültiges Rechtsgeschäft noch andere als die gewollten Wirkungen hervorbringen könne, aus. Die von den Parteien gewollten Rechtswirkungen brauchen nicht immer sämtlich oder in genau der gewollten Art einzutreten. Zwischen Vollwirksamkeit und Unwirksamkeit liegen Fälle einer geminderten Wirksamkeit, als da sind: die teilweise, relative, schwebende Unwirksamkeit und die Anfechtbarkeit. Es gibt aber ferner Fälle, wo ein Rechtsgeschäft, das nach der Sprachweise des Bürgerlichen Gesetzbuches nur als wirksam schlechthin, also vollwirksam zu bezeichnen ist, doch nicht genau dem Willen der Partei entsprechend wirkt, sondern diesen Parteiwillen in gewissem Maße abändert. Ich möchte diesen Fall mit abgeänderter Vollwirksamkeit bezeichnen. So kann nach § 567 BGB. ein auf 40 Jahre abgeschlossener Mietvertrag nach 30 Jahren gekündigt werden. Dieser Vertrag ist vollwirksam, auch die Zeitabrede; der Vertrag dauert, wenn die Parteien keine besondere Tätigkeit entfalten, 40 Jahre. Aber die Wirksamkeit des Parteiwillens, welcher einen auf 40 Jahre unkündbaren Vertrag wollte, ist dahin abgeändert, daß der Vertrag nach 30 Jahren gekündigt werden könnte.

Man kann solche Wirksamkeit nicht als eine beschränkte bezeichnen. Dies wird noch klarer, wenn man annimmt, der Vertrag sei ab 1. 2. 1900 bis 1. 3. 1930 geschlossen, also auf über 30 Jahre. Dieser Vertrag wird in seiner Dauer auch durch die Kündigung, die gemäß § 565 BGB. zum Kalenderquartal erfolgen muß, durchaus nicht beschränkt.

Die Wirksamkeit braucht nicht notwendig schon mit dem Abschluß des Geschäftes gegeben zu sein; vielmehr kann ausnahmsweise auch ein relativ unwirksames Geschäft später wirksam werden, so das anfechtbare Geschäft mit dem Verlust des Anfechtungsrechts, die formlose Bürgschaft durch die Erfüllung seitens des Bürgen.

Die Wirksamkeit eines obligatorischen Vertrages besteht endlich regelmäßig nur dem Schuldner gegenüber, beim gegenseitigen Vertrage, in welchem beide Parteien auch Schuldner sind, also gegenüber beiden Parteien. Der Mietvertrag aber hat nach Bürgerlichem Gesetzbuch stärkere Wirkung erhalten. Dieser wirkt nämlich auch dem Erwerber des Grundstücks gegenüber während der Dauer von dessen Eigentum ebenso wie gegenüber dem Vermieter, falls entweder zur Zeit des Erwerbs die Überlassung des Grundstücks an den Mieter schon stattgefunden (§ 571 BGB.) oder vor der Überlassung der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Pflichten übernommen hatte (§ 578 BGB.). Dies gilt sowohl für den Fall der Veräußerung § 571) wie für den der Belastung des Grundstücks (§ 577

BGB.). Ferner mit der Maßgabe, daß der Ersteher berechtigt ist, das Mietverhältnis zum ersten zulässigen Termine zu kündigen, auch für den Erwerb in der Zwangsversteigerung (§ 57 ZVG.). Gleichgestellt sind endlich Fälle, wo das Recht eines Nichteigentümers zum Vermieten während der Mietzeit endigt: Vermietung kraft Erbbaurechts, Rechts des Vorerben, eheherrlicher und väterlicher Gewalt (§§ 1056, 2135, 1423, 1663 BGB.).

Ein schriftlicher Vertrag liegt immer dann vor, wenn der Abschluß des Vertrages schriftlich erfolgt ist. Nicht hierher gehört begrifflich ein Vertrag, dessen Abschluß mündlich erfolgt ist und der nur nachträglich, sei es zwecks leichterer Beweisbarkeit, besserer Verwertbarkeit oder zu welchem Zwecke sonst, schriftlich niedergelegt ist. Dies ist begrifflich kein schriftlicher, sondern nur ein mündlicher Vertrag, für den nachträglich eine Beweisurkunde geschlossen ist. Allerdings wird man faktisch auch diesem Vertrage, sobald die Beweisurkunde aufgenommen, die Wirksamkeit des schriftlichen Vertrages einräumen müssen, mindestens durch die Unterstellung, daß Parteien mit Aufnahme der „Beweisurkunde" die Form haben erfüllen wollen. Die schriftliche Abfassung der Verträge kann veranlaßt sein durch Gesetz, durch Rechtsgeschäft oder durch rein tatsächliche Momente. Durch Gesetz, wenn das positive Recht für bestimmte Verträge die Schriftform vorschreibt, sei es unter Androhung von Nichtigkeit oder sonstigen Nachteilen für den Fall der Zuwiderhandlung, sei es ohne solche Androhung. Durch

Vereinbarung der Parteien, wenn durch die Vertragschließenden vereinbart ist, daß der zu schließende Vertrag erst mit der schriftlichen Festlegung geschlossen sein soll. Durch rein tatsächliche Momente endlich immer dann, wenn die Form weder gesetzlich vorgeschrieben noch vereinbart war. Zu denken ist hier insbesondere an den überaus häufigen Vertragsabschluß unter Abwesenden durch Brief- oder Telegrammwechsel. Hier wird in den seltensten Fällen die Form vereinbart sein. Sie wird vielmehr regelmäßig aus dem rein tatsächlichen Grunde der räumlichen Trennung zu erklären sein. Nur in den beiden ersten Fällen liegt ein sogen. formeller Vertrag vor, denn der Gegensatz zwischen formellen und formlosen Verträgen wird, wie Regelsberger Bd. 1 S. 494 mit Recht ausführt, nicht durch die Beschaffenheit des Äußerungsmittels bestimmt, sondern beruht darauf, ob die Erklärenden an die Wahl dieses Ausdrucksmittels rechtlich gebunden sind oder nicht. Das ist bei rein tatsächlicher Schriftform nicht der Fall. Immerhin liegt auch dann noch ein schriftlicher Vertrag vor. Die Voraussetzungen der Schriftform hat das BGB. in den §§ 125 und 126 festgelegt. Daß diese Voraussetzungen, deren Schilderung außerhalb des Rahmens dieser Arbeit liegt, gewahrt sind, wird unterstellt. Ein Schriftvertrag im formellen Sinne liegt, wenn sie mangeln, nicht mehr vor.

Ein Mietvertrag über Grundstücke liegt endlich vor, wenn der Vermieter den Gebrauch eines bestimmten Teils der Erdoberfläche oder von Bestandteilen eines

solchen für gewisse Zeit gewährt, während der Mieter einen Preis dafür zu entrichten hat. Wie § 580 BGB. noch ausdrücklich hervorhebt, gelten die Vorschriften über die Miete von Grundstücken auch für die Miete von Wohn- und anderen Räumen. Sie gelten, soweit nicht Sondervorschriften vorhanden sind, gemäß § 581, 2 auch für die Pacht von Grundstücken und Räumen; dies gilt insbesondere auch für die Formvorschrift des § 566 BGB.

Nach dem oben Gesagten ist der Begriff der Abänderungen ein sehr weiter; es fallen darunter Abänderungen der Subjekte, reine Aufhebungsakte, Neu- und Umbildungen. Diese Fälle liegen keineswegs gleichartig. Noch erheblichere Abweichungen ergeben sich je nach dem verschiedenen Grunde der Schriftlichkeit des Vertrages. Alle diese verschiedenen Punkte sind demgemäß getrennt zu behandeln. Zuerst der Fall, daß die Schriftform gesetzlich vorgeschrieben ist.

Das BGB. bestimmt im § 566: „Ein Mietvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen ist, bedarf der schriftlichen Form. Wird die Form nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen, die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig“. Sonst wird für den Vertrag keine Form verlangt. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch steht grundsätzlich auf dem Standpunkte, daß Rechtsgeschäfte zu ihrer Gültigkeit einer bestimmten Form nicht bedürfen. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes, der im Entwurf aus-

drücklich ausgesprochen war, später aber als selbstverständlich weggelassen wurde, ist nirgends ernsthaft bestritten. Gesetzlicher Formzwang findet nur dort statt, wo das Gesetz die Form ausdrücklich vorschreibt, also in Fällen, die sich nach Art wie Anzahl als Ausnahmen darstellen. Als solche aber sind sie nach allgemeinen Grundsätzen einschränkend, nicht ausdehnend auszulegen. Insbesondere darf auch eine Vorschrift, welche nur den Abschluß eines Rechtsgeschäfts von einer Form abhängig macht, nicht ohne weiteres dahin ausgedehnt werden, daß die Form nun auch für weitere das bereits formell abgeschlossene Rechtsgeschäft betreffende Akte erforderlich sei. Und wenn die Form einfach für den „Vertrag“ vorgeschrieben ist, so darf darunter einschränkend nur der Abschluß des Vertrages verstanden werden. Dies muß man um so mehr annehmen, als das Bürgerliche Gesetzbuch durch positive Vorschriften sogar für einige zum Abschluß des Vertrages gehörige Akte, nämlich die Zustimmung, Bestätigung und Vollmachtserteilung zu formellen Rechtsgeschäften, die formlose Zulässigkeit ausdrücklich ausspricht. (BGB. §§ 182, 144, 167.)

Danach ist erstens die Abänderung der subjektiven Seite des Vertrages formlos zulässig. Das folgt für die Zession, da für diese eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist, schon aus dem allgemeinen Grundsatze der Formlosigkeit. So sagt Dernburg im Bürgerl. R. Bd. 2 S. 307: Auch die Abtretung des Anspruchs auf Übereignung eines Grundstücks bedürfe der Form

des § 113 BGB. nicht, da diese als Sondervorschrift nicht auszudehnen sei. Es folgt ferner auch e contrario daraus, daß für die Abtretung bestimmter Arten verbriefter Forderungen die Schriftform besonders erfordert wird, z. B. für Briefhypotheken durch § 1154 BGB. Solche Sondervorschrift wäre überflüssig, wenn die Schriftform für die Zession allgemein vorgeschrieben wäre. Ihre formlose Zulässigkeit ist übrigens auch in der Theorie unbestritten. (Vgl. Heilfron Bd. 2 S. 306 ff.; Matthiaß S. 450 ff.) Insbesondere ist auch die frühere Streitfrage, ob solche Forderungen übertragen werden können, bei welchen der Gläubiger wie beim Mietvertrage auch Verbindlichkeiten gegen den Schuldner hat, in Wissenschaft und Praxis längst in bejahendem Sinne entschieden. (Vgl. Haidlen, Komm. z. BGB. Anm. zu § 399.) Ist demnach die Abtretung der verbrieften Forderung auch formlos gültig und vollwirksam, so hat doch die schriftliche Abtretung in gewisser Beziehung sozusagen verstärkte Wirkungen. Der Schuldner braucht nämlich nach § 410 BGB. an den neuen Gläubiger erst dann zu leisten, wenn der alte Gläubiger dem neuen Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner aushändigt. Jedoch steht dem eine schriftliche Anzeige des bisherigen Gläubigers an den Schuldner über die formlos bewirkte Abtretung gleich.

Formlos gültig ist aus den gleichen Gründen die Schuldübernahme, wie Matthiaß S. 467 mit Recht betont; ebenso in der Regel die sonstigen Fälle sowohl

privativer als kumulativer Interzession. Ausgenommen sind jedoch zwei der Hauptfälle der kumulativen Interzession, nämlich die Bürgschaft und die Übernahme einer Forderung in einem ganzen Vermögen. Die nachträgliche Änderung eines Mietvertrags durch Eintritt eines Bürgen neben den Gläubiger oder den Schuldner muß gemäß § 766 BGB. schriftlich geschehen, es sei denn, daß es auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, sonst ist die Bürgschaft nichtig; der ursprüngliche Vertrag besteht ruhig weiter. Die Abänderung konvaleszíert jedoch, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt. (§ 766 Satz 2 BGB.) Übernimmt jemand die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrage mit dem ganzen Vermögen eines andern unter Lebenden, so fordert § 311 BGB. gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrages. Solche Abänderung des Subjekts ist also — mündlich geschlossen — gemäß § 125 BGB. nichtig. Der alte Vertrag besteht weiter. Neben der wirksamen mündlichen Abänderung des Subjekts bleibt selbstverständlich der sonstige Inhalt des alten schriftlichen Vertrages weiter in vollem Maße wirksam. Eine andere Regelung würde einfach dem wirtschaftlichen Zwecke der in Frage kommenden Rechtsinstitute widersprechen.

Formlos gültig sind ferner mündliche Abänderungen des Vertrags durch reine Aufhebungsakte. Denn die Aufhebung formeller Verträge ist formlos zulässig, soweit nicht das Gesetz — was hier nicht geschehen — ein anderes bestimmt. Das folgt aus dem allgemeinen

Grundsatze der Formlosigkeit. Es ist weiter auch e contrario daraus zu schließen, daß in einzelnen Fällen ausdrücklich hervorgehoben wird, die Vorschriften für den Abschluß des Vertrages sollten auch für die Aufhebung desselben gelten. (So im § 1770 BGB.) Endlich sind auch die Gründe, welche für den Abschluß des Vertrages besondere Form verlangten, für die Aufhebung nicht mehr stichhaltig; es tritt ja der alte wirtschaftliche Erfolg wieder ein. So mit Recht Brückner im Recht 1900 Nr. 16, 17; Hellwig S. 70; Scherer in JurW. 1900 Nr. 97, 98 und das OLG. Dresden in der Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 208. Wenn gegenüber dieser jedenfalls als herrschend zu bezeichnenden Ansicht Demelius a. a. O. zu dem Schlusse kommt, der römischrechtliche — übrigens schon dort nach Bedeutung und Gültigkeit überaus bestrittene, gemeinrechtlich nach der herrschenden Ansicht beseitigte — Satz „prout quidque contractum est, ita et solvi debet" gelte noch im Bürgerlichen Gesetzbuch, so irrt er. Schon sein Argument S. 81, es sei als Fortschritt in der Rechtsentwicklung zu betrachten, wenn die einfache Schriftform durch strengere Formvorschrift, als Rückschritt dagegen, wenigstens bei Aufhebungsverträgen, wenn die Schriftform durch Formlosigkeit ersetzt werde, widerspricht der ganzen Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Seine fernere Behauptung S. 79, wonach überall da, wo das Bürgerliche Gesetzbuch für den Begründungsakt eine bestimmte Form vorschreibe, auch eine solche für den Aufhebungsakt ausdrücklich verlangt werde,

widerspricht offenbar den Tatsachen. Nichtssagend sind endlich die von ihm zur Unterstützung seines Satzes angeführten Beispiele, welche insbesondere dessen soziale Notwendigkeit begründen sollen. So wenn er S. 75 annimmt, Parteien hätten ursprünglich einen formellen Vertrag nach Treu und Glauben geschlossen, später den Vertrag formlos derartig abgeändert, daß der sozial schwächere Teil geschädigt sei. Würde dieses Beispiel durch einfache Umstellung -- Schädigung durch den formellen, Herstellung eines Treu und Glauben entsprechenden Verhältnisses durch formlosen Vertrag — nicht ein ebenso starkes Argument zugunsten der Formlosigkeit des Aufhebungsaktes ergeben, ganz abgesehen davon, daß in dem Beispiel Aufhebung und Umformung des Vertrages verwechselt sind? Wenn Demelius ferner S. 67 den Fall setzt, ein formeller Kaufvertrag sei vom Käufer erfüllt, dann aber später formlos aufgehoben, der Verkäufer habe den Kaufpreis nicht mehr in Händen, und nun aus dieser Sachlage ein Formerfordernis zugunsten des leichtsinnigen Verkäufers ableiten will, muß man da nicht fragen, einmal, ob nicht auch ein formeller Vertrag leichtsinnig abgeschlossen werden könne, und andererseits, ob eine derartige Rücksichtnahme nicht zu einer ganz unerträglichen Bevormundung des Verkehres führen würde?

Die Aufhebung des Mietvertrages wie aller anderen Rechtsgeschäfte geschieht also nach Bürgerlichem Gesetzbuch formlos, und was für eine völlige Aufhebung gilt, also für das maius, das muß auch für eine teilweise

Aufhebung als das minus gelten. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Aufhebung durch Vertrag erfolgt oder durch event. zulässige einseitige Erklärung. Immer natürlich vorausgesetzt, daß nur reine Aufhebungsakte in Frage kommen. An solche reine Aufhebungsakte denkt wohl Dernburg, wenn er im Bürgerl. R. Bd. 1 S. 423 ff. im Gegensatz zu sonstigen Abänderungen von „Abschwächungen" des Vertrages spricht und diesen im Gegensatz zu anderen Abänderungen volle Wirksamkeit zuspricht. Der Inhalt des alten schriftlichen Vertrages bleibt, soweit er durch die Aufhebung nicht berührt wird, nach allgemeinen Grundsätzen vollwirksam.

Andere Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn die Abänderung in teilweiser Neubegründung oder in einer — ja stets Neubildungsakte enthaltenden — Umformung eines nach dem Gesetz formbedürftigen Vertrages besteht. Dieser Fall ist unter den Abänderungen des Inhalts der weitaus häufigste; er ist der eigentlich typische Fall der Abänderungen und von den meisten Schriftstellern bei ihren Ausführungen über die Wirksamkeit der Abänderungen wohl allein berücksichtigt. Solche Abänderungen können die Parteien nur vertraglich vornehmen. Zwar ist denkbar, daß eine Partei der anderen deren einseitige Vornahme im ursprünglichen Vertrage zugestanden hat. Auch dann aber ist die Vornahme der Abänderung nur äußerlich ein einseitiges Rechtsgeschäft. In der Tat liegt auch hier in der Vornahme der Abänderung der Abschluß eines Vertrages, nur

daß der eine Vertragsteil seine dazu erforderliche Willenserklärung schon in dem schriftlichen Vertrage abgegeben hatte. Wird nun solche Neubildung im Vertrage vorgenommen, so bedeutet das — ganz gleichgültig ob sie wesentliche oder unwesentliche Punkte betrifft — einen teilweisen Neuabschluß des Vertrages. Ein Neuabschluß aber muß ebensogut wie der ursprüngliche Abschluß und ein teilweiser Neuabschluß ebensowohl wie ein voller Neuabschluß der für den Abschluß überhaupt gegebenen Formvorschrift unterstellt werden. Ist er nicht in diese Form gekleidet, so untersteht er den für die Nichtbeachtung der Form angedrohten Folgen. Ist also als Folge Anfechtbarkeit angedroht, so ist die Neubildung anfechtbar; ist Klaglosigkeit angedroht, so ist die Neubildung klaglos; ist aber der Vertrag trotz Formmangels gültig, so muß auch die Neubildung gültig sein.

Nun hat das BGB. in § 125 als allgemeine Regel aufgestellt, daß der formwidrige Vertrag nichtig sei. Regelmäßig sind demnach formlose Abänderungen nichtig. Gerade für den schriftlichen Mietvertrag aber ist in § 566 eine Ausnahme gemacht. Der Mietvertrag „gilt“, ist also wirksam, auch wenn er der Form ermangelt. (So mit Recht Endemann Bd. 1 S. 752; Leske Bd. 1 S. 587; Matthiaß Bd. 3 S. 568.) Er ist wirksam in allen seinen Teilen, mit sämtlichen Klauseln und Nebenbestimmungen. Insbesondere ist auch die Zeitbestimmung nicht unwirksam. Allerdings hat sie nicht ganz die von den Parteien gewollten Wirkungen, aber sie wirkt doch

in verschiedener Hinsicht entsprechend dem Parteiwillen. Einmal bewirkt sie Unkündbarkeit des Vertrages, wenn auch nicht immer auf die ganze gewollte Dauer, so doch auf längere Zeit als das ohne ihre Einfügung der Fall wäre. So kann ein ohne Zeitbestimmung am 1. 3. 1904 geschlossener Mietvertrag zum 1. 6. 1904 gekündigt werden. Ist er aber „auf 3 Jahre“ mündlich geschlossen, so ist die Kündigung erst zum 1. 4. 1905 zulässig. In manchen Fällen wird die Zeitbestimmung sogar vollwirksam. So kann der am 1. 3. 1904 auf 13 Monate mündlich geschlossene Vertrag gemäß §§ 566, 565 BGB. erst zum 1. 4. 1905 gekündigt werden, bindet die Parteien also auf die ganze vereinbarte Zeit. Wollte man die Zeitbestimmung für unwirksam ansehen, so müßte man weiter aus dem Wortlaut des § 566 BGB. sogar folgern, daß unter Umständen die Wirkung des mündlichen Vertrags eine stärkere wäre als die des schriftlichen. So endigt ein ab 1. 2. 1904 auf 3 Jahre schriftlich geschlossener Vertrag mit dem 1. 2. 1907 ohne Kündigung. Ist er aber nur mündlich geschlossen und nicht gekündigt, so würde er nach dem strengen Wortlaut des § 566 BGB., da er auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist, noch über den 1. 2. 1907 hinaus weiterlaufen, bis er unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt würde. Denn wenn die Zeitbestimmung unwirksam ist, kann sie doch auch nicht die Beendigung des Vertrages bewirken. Zu einem noch eigenartigeren Resultate käme man bei scharfer Betonung des Wortlauts des § 566, wenn man

annähme, die Parteien hätten ab 1. 2. 1904 unter Bestimmung des Mietpreises nach Vierteljahren oder im ganzen einen mündlichen Mietvertrag auf 13 Monate, also bis 1. 3. 1905, geschlossen. Dieser Vertrag, müßte man folgern, wäre nach § 566 nicht auf 13 Monate, sondern „auf unbestimmte Zeit" geschlossen. Die Zeitbestimmung wäre eben beseitigt. Dieser Vertrag könnte dann nach § 566 nicht eher als zum 1. 2. 1905 gekündigt werden; es wäre aber weiter die durch § 566 unbedenklich nicht beseitigte Vorschrift des § 565 zu berücksichtigen, wonach die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres zulässig ist. (So Biermann Anm. zu § 566.) Dann käme man zu dem Ergebnis, daß der Vertrag bis zum 1. April einzuhalten wäre, daß also der mündliche auf 13 Monate vereinbarte Vertrag die Parteien tatsächlich auf 14 Monate binde. Daß dieses Resultat weder den gesunden Menschenverstand befriedigt noch durch den Zweck des Gesetzes — Schutz des Erwerbers des Grundstücks gerade vor langdauernden mündlichen Verträgen — erfordert wird, vielmehr auch ihm geradezu zuwiderläuft, bedarf keiner Erörterung. Einen befriedigenden Ausweg aus diesem Dilemma wird man nur finden, wenn man die Wirksamkeit der Zeitabrede zugibt. Die Art dieser Wirksamkeit wird man ganz analog der Zeitabrede auf über 30 Jahre im Falle des § 567 BGB. konstruieren müssen: die Zeitabrede wirkt dort wie hier entsprechend dem Parteiwillen, indem sie erstens das Mietverhältnis für einen Teil der Zeit, dort ein Jahr, hier

30 Jahre, unkündbar macht, und indem sie zweitens in beiden Fällen den Endtermin für das Mietverhältnis festsetzt. Sie wird in beiden Fällen abgeändert insofern, als den Parteien gegen den Vertragswillen das Recht zugesprochen wird, nach Ablauf bestimmter Zeit das Mietverhältnis einseitig zu lösen. Aber so wenig man wegen dieser Kündigungsbefugnis dem auf mehr als 30 Jahre schriftlich abgeschlossenen Vertrage den Charakter eines vollwirksamen absprechen darf, so wenig auch dem formwidrig mündlichen. Beide sind vollwirksam; die Wirksamkeit ist nur in etwas abgeändert. Ähnlich sagt mit Recht Niendorff S. 52: Das Bürgerliche Gesetzbuch lege dem mündlichen Vertrage volle Wirksamkeit bei, nur werde die Abrede der Zeitdauer dahin bestimmt, daß jeder Teil mindestens ein volles Jahr den Vertrag aushalten müsse. Das Rechtsverhältnis sei nicht anders zu beurteilen, als wenn die Parteien einen schriftlichen Vertrag geschlossen und darin bestimmt hätten, daß die Kündigung nicht früher als für den Schluß des ersten Jahres zulässig sei. Ich möchte noch schärfer sagen: auch die Zeitabrede ist vollwirksam, nur wird den Parteien ein Kündigungsrecht zum Schluß des ersten Jahres gegeben. Ich verhehle mir nicht, daß diese Konstruktion dem Wortlaut des § 566 nicht genau entspricht. Mir ist aber keine andere Konstruktion bekannt, welche die oben geschilderte Verlängerung der mündlichen Vereinbarung wider Willen der Parteien ausschlösse. Unrichtig ist es demnach, von einer „teilweisen“ oder „beschränkten“

Nichtigkeit des Vertrages zu sprechen, wie das z. B. das Oberlandesgericht Kolmar in einer in der Juristischen Zeitschrift für Elsaß-Lothringen Bd. 27 S. 250ff. mitgeteilten Entscheidung sowie Arnold S. 25 tun. Vielmehr ist jede Bestimmung des Vertrages wirksam. Irrtümlich ist auch die z. B. von Fränkel S. 5; Endemann Bd. 1 S. 772; Haidlen Anm. zu § 566 vertretene Ansicht, der Vertrag sei nur auf ein Jahr wirksam und endige dann von selbst. Diese Ansicht läßt sich nur als Reminiszenz an das frühere preußische Recht erklären. Inkorrekt ist auch der Ausdruck Cosacks Bd. 1 S. 484:

die Zeitbestimmung sei als solche ungültig

nein, auch die Zeitbestimmung ist wirksam, also gültig, nur kann ihre Wirksamkeit in den meisten Fällen — nicht immer — vorzeitig beendigt werden. Ist nun aber die Folge formwidrigen Abschlusses eines Mietvertrages nicht die Nichtigkeit desselben, sondern vielmehr nur eine Modifikation der Vollwirksamkeit, so sind auch formwidrige Neubildungen nicht nichtig; auch bei ihnen tritt als angedrohte Folge der Formwidrigkeit nur eine Modifikation der Vollwirksamkeit ein.

Für diese Auffassung spricht auch folgende Erwägung. Ist der entgegen dem § 566 BGB. mündlich geschlossene Mietvertrag wirksam, so kann er auch nicht dadurch unwirksam werden, daß eine Vertragsklausel schriftlich abgeschlossen wird. Denn nach welcher gesetzlichen Bestimmung sollte ein formlos gültiger Vertrag durch

teilweise Beobachtung irgendeiner Form unwirksam werden? Und wenn nun der größere Teil der Vertragsbestimmungen aufgeschrieben wird und nur vielleicht einzelne Klauseln ohne Form bleiben, werden diese lediglich auf Grund der größeren Sorgfalt der Parteien gegenüber einem rein mündlichen Abschluß nichtig? Gewiß nicht. Weil gänzlicher Mangel der Schriftform den Vertrag nicht unwirksam macht, tut das auch teilweiser Mangel der Form nicht. Wenn demgegenüber Borchardt S. 29; Cosack Bd. 1 S. 187; Brückner S. 32; Fränkel S. 9 ganz allgemein die Wirksamkeit solcher mündlichen Vertragsteile verneinen, so haben sie über dem allgemeinen Prinzip des § 125 BGB. die positive Ausnahme des § 566 übersehen; ebenso wie das auch der 2. Kommission, der vermutlichen Urheberin all dieser Verwirrung, passiert ist als sie die oben S. 4 zitierte Lehre aussprach. Hätten sie alle überlegt, daß es sinnlos wäre, einen formlos gültigen Vertrag einfach durch teilweise Erfüllung einer Form unwirksam werden zu lassen, so würden sie diesen Satz nie geschrieben haben. (Ähnlich mit Recht Niendorff S. 55.) Aber sie haben eben alle nur an den allgemeinen Grundsatz der Nichtigkeit formwidriger Rechtsgeschäfte, nicht an die ausnahmsweise Gültigkeit gerade des formwidrigen Mietvertrags gedacht. Gültig sind demnach sowohl einzelne schriftliche Bestimmungen im sonst mündlichen, wie einzelne mündliche Bestimmungen im sonst schriftlichen Vertrage, und zwar trotz der abweichenden Ansicht Mittelsteins S. 77 ganz gleich, ob es sich

dabei um Essentialien oder Nebenpunkte handelt. Ist es nun möglich, gleichzeitig in demselben Vertrage schriftliche und mündliche Vertragsteile wirksam nebeneinander zu stellen, so liegt auch kein Grund dagegen vor, die nachträgliche Einfügung von mündlichen ebensogut wie von schriftlichen Bestimmungen zuzulassen, und zwar gleichgültig ob nun gerade im Einzelfalle der alte Vertrag teilweise mündlich und teilweise schriftlich, oder ob er ganz schriftlich war. Dies muß um so mehr gelten, als die Parteien auf dem Umwege der Novation immer zu der mündlichen Abänderung gelangen können. Den alten Vertrag dürfen sie ja nach allgemeinen Grundsätzen formlos aufheben. Dann können sie gemäß § 566 BGB. gültig einen neuen Vertrag schließen, und zwar derartig, daß, von der gewollten Abänderung abgesehen, alles so bleiben solle wie früher. Es wäre eine zwecklose Verkehrserschwerung, wollte man neben dieser umständlichen Novation nicht die einfachere Abänderung zulassen. Das Landgericht Colmar hat sich allerdings (a. a. O. S. 251) auf einen ganz entgegengesetzten Standpunkt gestellt: Es erachtet zwar mündliche Nebenvereinbarungen, welche sich auf wesentliche Punkte beziehen, sowie die mündliche Novation des schriftlichen Vertrages für wirksam; dagegen sollen sowohl mündliche Nebenvereinbarungen, welche nur in unwesentlichen Punkten vom schriftlichen Vertrage abweichen, sowie auch alle Abänderungen des Vertrages unwirksam sein. Mir scheint diese Regelung, welche im wichtigeren — den Essentialien — die Formwidrigkeit

zuläßt, im unwichtigeren — den Nebenpunkten — nicht, welche zur Erreichung des gleichen Zieles den bequemeren Weg verbietet, den umständlicheren erlaubt, weder praktisch noch logisch. Als Grund führt das Gericht nur an, daß bei Zulässigkeit der Abänderung entweder das Rechtsverhältnis in zwei Teile, einen für bestimmte und einen für unbestimmte Zeit geltenden, zerfallen würde, oder daß der Vertrag, wenn man ihn in seinem ganzen Umfange als für unbestimmte Zeit geschlossen ansehen wollte, dem Willen der Parteien „geradezu widersprechen“ würde. Man muß zugeben, daß die erste Alternative einen unglücklichen Zustand schaffen würde. Aber die zweite? Widerspricht nicht manche gesetzliche Regel dem Willen der Parteien, ohne daß wir Bedenken tragen, sie anzuwenden? Und würde es dem Willen der Parteien immer gerade besser entsprechen, wenn die von ihnen vereinbarten, event. sehr erheblichen Vertragsänderungen für nichtig erklärt würden, lediglich damit die Zeitabrede des alten Vertrages erhalten bliebe? Wie besonders, wenn gerade die Zeitabrede abgeändert gewesen wäre, etwa dahin, daß der ganze Vertrag nur noch auf neun Monate oder sonst auf weniger als ein Jahr gelten sollte? Für diesen Fall würde doch der Grund des Landgerichts überhaupt wegfallen, denn dann gälte doch der Vertrag auf bestimmte Zeit. Nach alledem muß man auch neubildenden Abänderungen des nach dem Gesetze formellen Mietvertrages in mündlicher Form Wirksamkeit zusprechen, und zwar volle Wirksamkeit lediglich mit einem Kündigungs-

recht der Parteien zum Schluß des ersten Jahres und später. Wenn die Zeitabrede dahin verändert wird, daß der Vertrag nur auf ein Jahr oder weniger gelten sollte, fällt sogar auch dieses Kündigungsrecht weg.

Es entsteht nun die weitere Frage, ob und welche Einwirkung die Vornahme wirksamer mündlicher Neubildungen auf den nach dem Parteiwillen aufrechterhaltenen Teil des alten schriftlichen Vertrages ausübt. Daß diese alten Teile nicht unwirksam werden, bedarf nach dem oben Gesagten keiner Erörterung. Es ist nur zu prüfen, ob sie vollwirksam bleiben, oder ob auch ihre Wirksamkeit abgeändert wird. Klar liegt die Sache ja für den Fall, daß die Zeitbestimmung selbst abgeändert wird. Dann gilt natürlich die gesetzliche Kündigungsklausel für den ganzen Vertrag. Auch der Fall bedarf keiner Erörterung, wo der alte Vertrag zur Zeit der Vornahme der Abänderung schon an sich nur noch auf ein Jahr oder weniger galt. Dann gilt selbstverständlich keine vorzeitige Kündigung. Sonst aber entsteht die Frage, ob beide Teile des Vertrages gesondert, der eine ohne, der andere mit der Kündigungsklausel nebeneinander weiterbestehen, oder ob auch der alte schriftliche Teil des Vertrages die abgeänderte Wirkung eines mündlichen Vertrages erhält, also vorzeitig kündbar wird. Von den Dreien, die m. W. allein diese Frage erörtert haben, hält das Landgericht Colmar in der oben S. 29 angeführten Entscheidung beide Wege für ungangbar. Niendorff nimmt dagegen abgeänderte Wirkung des ganzen Ver-

trages an, und Goldmann-Lilienthal (oben S. 2) unterscheiden, ob die Abänderungen nach dem Willen der Parteien wesentliche oder unwesentliche Punkte betreffen. Im ersteren Falle soll nur noch ein mündlicher Vertrag vorliegen, im zweiten dagegen noch ein vollgültiger Schlußvertrag, neben dem ebenfalls gültig die abgeänderten Nebenpunkte stehen. M. E. wird in allen Fällen der ganze Vertrag kündbar. Denn das Weiterbestehen eines kündbaren und eines unkündbaren Vertragsteiles nebeneinander kann, wie das Landgericht Colmar zutreffend annimmt, nicht als befriedigend erachtet werden; das muß aber sowohl für Abänderungen wesentlicher wie unwesentlicher Punkte gelten. Dagegen liegen gegen die Annahme der Kündbarkeit für den ganzen Vertrag, wie oben auseinandergesetzt, keine praktischen Bedenken vor.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich ferner aus folgenden Erwägungen: Einmal besteht der mündlich abgeänderte Schriftvertrag aus zwei Teilen, einem schriftlichen und einem mündlichen, ist also nur noch teilweise schriftlich. Nun gilt aber nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch allgemein der Grundsatz, daß wo das Gesetz ein Rechtsgeschäft unter eine besondere Form stellt, das Formerfordernis sich auch auf alle von den Beteiligten zu treffenden Bestimmungen erstreckt. (So ausdrücklich die Mot. Bd. 1 S. 183.) Dem ist hier nicht mehr genügt; der Vertrag kann also nur noch als mündlicher in Betracht kommen. Zu diesem Ergebnis kommt auch das Reichsgericht in einem landrechtlichen Falle mit Ausführungen,

die in gleichem Maße auch für das Bürgerliche Gesetzbuch zutreffen. Es sagt da (RGE. Bd. 40 Nr. 70): Daß die Abmachungen zum Teil noch aus der ursprünglichen schriftlichen Form zu entnehmen seien, genüge nicht, um das Erfordernis der Schriftform als vorhanden anzusehen. Ein nur teilweise in die Schriftform gebrachter Vertrag könne nur als mündlicher in Betracht kommen, weshalb der vorliegende abgeänderte Vertrag nur ein Jahr Gültigkeit erlangt habe. Statt der letzten Worte müßte man nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch allerdings sagen „nur auf ein Jahr unkündbar sei". Dies muß ohne Unterschied für die Abänderung von Haupt- oder von Nebenpunkten gelten. (So mit Recht auch Cosack Bd. 1 S. 187; Borcherdt S. 29; Niendorff S. 34.) Mittelstein S. 75 bekämpft allerdings diese Entscheidung des Reichsgerichts, gibt aber selbst zu, daß das Reichsgericht vermutlich auch für das Bürgerliche Gesetzbuch zum gleichen Ergebnis kommen würde. Er will anscheinend selbst bei Änderungen von Essentialien nicht ohne weiteres die abgeänderte Wirksamkeit des mündlichen Vertrages eintreten lassen (vgl. dortselbst S. 71, 75 ff.). Ähnlich will auch Arnold S. 25, allerdings ohne Gründe, die Schriftlichkeit dann für gewahrt ansehen, wenn nur die gesetzlichen Essentialien schriftlich niedergelegt seien.

Daß der durch mündliche Neubildungen abgeänderte Vertrag im Sinne des § 566 BGB. kein schriftlicher Vertrag mehr sein kann, lehrt ferner auch die Untersuchung des Zweckes dieser Vorschrift. Solche Untersuchung

ist nicht müßig, denn vom Zweck der Formvorschrift hängt, wie Regelsberger Bd. 1 S. 499 mit Recht betont, die Beantwortung mancher praktischen Frage ab. Der Zweck der Formvorschrift des § 566 BGB. ist nun unbestritten der, die Stellung des Erwerbers eines vermieteten Grundstücks, welcher nach Annahme des Grundsatzes „Heuer geht vor Kauf" unbeschränkt an alle, auch die weitläufigsten mündlichen Mietverträge gebunden sein würde, zu erleichtern. Er solle — so führte man in der zweiten Kommission aus — für längere Zeit nur dann gebunden sein, wenn er in der Lage gewesen sei, sich von den Bestimmungen des Vertrages Kenntnis zu verschaffen. Solche Möglichkeit sei ihm aber nur dann gegeben, wenn der Vertrag schriftlich abgefaßt sei (vgl. Prot. Bd. 2 S. 147 bis 156). Mit Recht sagt daher Guttmann im Recht, 6. Jahrg. S. 344: „Der schriftliche Vertrag — des § 566 BGB. — soll das Grundbuch ersetzen; die Rücksicht auf den Erwerber muß daher die Auslegung leiten". Der Erwerber aber muß den ganzen Vertrag schriftlich haben. Nur dann kann er sich entscheiden, ob der Vertrag derartig sei, daß er in denselben eintreten könne; dies gilt nicht nur für die Punkte, welche dem Gesetz oder den Vertragsparteien wesentlich erschienen, sondern auch für Nebenpunkte. Gerade die Belastung des Vertrages mit zahlreichen von den gewöhnlichen abweichenden Nebenbestimmungen wird ihm häufig der Grund sein, den Eintritt in den Vertrag zu scheuen. Der Zweck des § 566 BGB. — eben der Schutz des Erwerbers — würde

demnach nicht erreicht, wenn nicht alle Vertragsklauseln schriftlich fixiert werden müßten. Die mündliche Neubildung einer einzigen solchen Klausel macht daher den Vertrag im Sinne des § 566 BGB. zu einem nicht schriftlichen, ändert also seine Wirkung. Es kommt demnach nicht, wie Goldmann-Liliental oben S. 1 meinen, darauf an, was den Vertragsparteien als das Wesentliche des Vertrages erschien. Maßgebend ist vielmehr die Ansicht des etwaigen Erwerbers; ihm aber kann jede Abänderung möglicherweise wesentlich sein. Deswegen müssen sie alle schriftlich sein; so auch Niendorff S. 59. Er meint dann allerdings, die Schriftform sei nicht erforderlich, wenn es sich um die vorzeitige Aufhebung des ganzen Vertrages oder um eine nur aus Nachsicht bewilligte Milderung der Vertragsbedingungen handele, z. B. darum, daß vorläufig die im voraus zu zahlende Miete erst nachträglich bezahlt werde. Das ist richtig; nur handelt es sich in beiden Fällen nicht um eine Abänderung des Vertrages. Denn eine gänzliche Aufhebung schließt nach den Regeln der Logik Abänderung aus, und eine nur aus Nachsicht bewilligte Milderung darf überhaupt nicht als Rechtsgeschäft angesehen werden. Sie ist vielmehr lediglich ein nicht auf Rechtswirkung berechneter Gefälligkeitsakt, der die vertraglichen Rechte und Pflichten unberührt läßt. Wirkliche Abänderungen aber nehmen, wenn mündlich erfolgt, dem alten Vertrage die Eigenschaft der Schriftlichkeit; er wird vorzeitig kündbar.

Als Zeitpunkt, zu welchem die Kündigung zulässig

wird, muß man alsdann den Ablauf eines Jahres nach der ersten mündlichen Änderung ansehen. Nicht etwa ein Jahr nach Abschluß des schriftlichen Vertrages. Denn ein formloser Vertrag ist erst mit der ersten Abänderung des formellen Vertrages zustande gekommen. Entsprechend läßt auch RGE. Bd. 40 Nr. 70 den 1894 geschlossenen, Anfang 1896 mündlich geänderten schriftlichen Vertrag zum 1. 4. 1897 endigen.

Nach alledem ist die Wirksamkeit mündlicher Abänderungen eines nach dem Gesetz schriftlichen Vertrages über Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kurz die folgende: Sämtliche Abänderungen der Subjekte wie des Inhaltes des Vertrages sind regelmäßig vollwirksam. Enthält die Abänderung jedoch Neubildung des Inhaltes, so kann sie selbst sowohl als auch der abgeänderte Vertrag zum Ende des ersten Jahres nach Vornahme der Abänderung gekündigt werden.

Andere Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn die Schriftform auf Vereinbarung der Parteien beruht. Auch hier ist allerdings davon auszugehen, daß gemäß der grundsätzlichen Formfreiheit des Bürgerlichen Gesetzbuches auch die gewillkürte Schriftform nicht ausdehnend, sondern eher einschränkend auszulegen ist, und daß daher, wenn nur allgemein für den Vertrag Schriftform vereinbart ist, diese Form nur für den Abschluß des Vertrages, nicht auch für spätere selbständige Rechtshandlungen innerhalb des formgemäß abgeschlossenen Vertrages gilt, insbesondere nicht für Änderungen der Subjekte und für

teilweise reine Aufhebung des Vertrages. Anders natürlich, wenn auch diese Akten ausdrücklich unter Form gestellt sind; dann sind sie ohne dieselbe im Zweifel nichtig, es sei denn, daß nach den unten darzustellenden Grundsätzen diese Vereinbarung durch Vornahme der Abänderung als aufgehoben anzusehen ist.

Was dagegen teilweise Neubildungen innerhalb des alten Vertrages betrifft, so kommt § 566 BGB. hier, wie in der Theorie unstreitig ist, nicht zur Anwendung. Der der vereinbarten Form ermangelnde Mietvertrag ist vielmehr gemäß § 125 BGB. an sich im Zweifel nichtig. Aber auch nur im Zweifel; es ist daher jedesmal zu prüfen, welche Absicht die Parteien gehabt haben. Das ist Tatfrage; nur im Zweifel, d. h. wenn eine andere Absicht der Parteien nicht erhellt, tritt die Nichtigkeit ein. Was aber für den ursprünglichen Abschluß des Vertrages gilt, das muß auch für Neubildungen gelten. An sich wäre also die neubildende Abänderung des vertraglich formellen Mietvertrags im Zweifel nichtig. Aber die Parteien sind hier, anders als bei gesetzlicher Form des Vertrages, Herren des Geschäfts. Sie besitzen unbeschränkte Vertragsfreiheit. Folglich können sie die Vereinbarung der Form — ihre eigene Vorschrift, die ja nur eine Bedingung des Abschlusses darstellt — auch wieder aufgeben, und zwar formlos aufgeben (vgl. Dernburg Bd. 1 S. 421). Diese Aufhebung ist auch stillschweigend zulässig. (So mit Recht Düringer-Hachenburg S. 22; Loewe S. 83; Matthiaß S. 199.) Und wenn die

Parteien den gemäß der Abrede formell geschlossenen schriftlichen Vertrag mündlich abändern, so wird eben in dieser mündlichen Abänderung im Zweifel, auch ohne daß es ausdrücklich erwähnt wird, die Aufhebung der gewillkürten Schriftform zu erblicken sein. (So mit Recht Planck Anm. 2 zu § 125; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 421; Arnold S. 26.) Denn man muß doch immer davon ausgehen, daß die Parteien, wenn sie Vereinbarungen treffen, auch die Wirksamkeit dieser Vereinbarungen wollen. Das ist aber nur möglich, wenn sie nicht mehr der Ansicht waren, daß mündliche Vereinbarungen ungültig sein sollten, wenn sie also die Vereinbarung der Schriftform als aufgehoben ansahen. Dies alles muß im Gegensatz zu der Behauptung Arndts S. 26 und Beers S. 19 auch für den Fall gelten, daß speziell für die Abänderungen Schriftlichkeit vereinbart ist. Denn auch diese Vereinbarung kann durch neues Parteiübereinkommen wieder beseitigt werden.

Sind die Abänderungen des schriftlichen Vertrages aber gültig, so sind sie auch vollwirksam und lassen den Rest des schriftlichen Vertrages vollwirksam; die Beschränkung des § 566 BGB. kommt nicht in Frage. Schon deshalb nicht, weil es sich stets um Verträge von nicht mehr als einjähriger Dauer handelt. Ist aber für einen Vertrag von mehr als einjähriger Dauer die Form auch noch vereinbart, also gleichzeitig durch Gesetz- und Parteivereinbarung Schriftlichkeit vorgeschrieben, so sind Neubildungen an sich im Zweifel nichtig, da wenn auch nicht

der Mangel der gesetzlichen, so doch der der vereinbarten Schriftform im Zweifel Nichtigkeit herbeiführt. (Abweichend allerdings Kah a. a. O. S. 709.) Haben aber, wie das nach dem oben Gesagten im Zweifel anzunehmen, die Parteien durch die Abänderung die Vereinbarung der Form aufgehoben, so tritt die abgeänderte Wirkung des gegen die gesetzliche Schriftform verstoßenden Vertrages ein. Der Vertrag ist also gültig, aber kündbar.

Mündliche Abänderungen der gewillkürten Schriftform sind demnach im Zweifel doch stets gültig, und wenn gültig, vollwirksam, es sei denn, daß der gesetzliche Formzwang konkurrierte.

Falls endlich die Form weder durch Gesetz noch durch Vereinbarung der Parteien vorgeschrieben, sondern aus rein tatsächlichen Gründen gewählt ist, so versteht es sich bei der allgemeinen Formlosigkeit des Bürgerlichen Gesetzbuches und nach dem oben Gesagten von selbst, daß die Parteien solchen Schriftvertrag in vollwirksamer Weise nach jeder Richtung hin abändern können; selbstverständlich auch hier immer nur, soweit nicht für die einzelne abändernde Rechtshandlung, z. B. die Bürgschaft, besonders eine Form erfordert wird.

Die gleiche Wirksamkeit wie gegenüber dem Vermieter entfaltet jede mündliche Abänderung eines schriftlichen Vertrages sowie der aufrechterhaltene Restvertrag unter den oben genannten Voraussetzungen auf den Erwerber des Grundstücks gegenüber.

Ich komme demnach zu folgendem Ergebnis: Sämtliche mündliche Abänderungen eines schriftlichen Vertrages über Grundstücke, gleichgültig ob die Schriftlichkeit auf Gesetz, Parteivereinbarung oder rein tatsächlichen Momenten beruht, gleichgültig auch ob Abänderungen der Subjekte oder Änderungen des Inhalts, sei es durch reine Aufhebungs-, sei es durch Neubildungsakte in Frage kommen, sind vollwirksam, und zwar gleich wie andere Mietverträge auch dem Erwerber des Grundstücks gegenüber, vorausgesetzt natürlich, daß nicht speziell für das einzelne abändernde Geschäft, wie z. B. die Bürgschaft, eine Form vorgeschrieben ist. Nur für den einen, allerdings wichtigsten Fall, nämlich, wenn der Inhalt eines nach dem Gesetz der Schriftform bedürftigen Mietvertrags durch Neubildung oder Umformung von Vertragsbestimmungen formlos abgeändert wird, gilt etwas Besonderes: Diese Abänderung sowie der durch sie abgeänderte Vertrag können zum Ende des ersten Jahres nach Vornahme der Abänderung sowie später gekündigt werden. Im übrigen sind aber auch sie vollwirksam.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.